16

POR EL CAPITAN GREGORIO SANS DE VBAGO.

EN EL PLEITO

Con el Conuento de Descalços de la Santissima Trinidad desta Ciudad, y otros.

1. SOBRE este pleito se escriuio a la vista, y assi con la breuedad possible se reducira este papel a lo mas preciso de la defensa desta parte; suponiendose, que el Padre Fr. Pedro de Iesus, Religioso del dicho Conuento, y Lope de Vlloqui testaron por el Capitan Martin Sans de Vbago, en virtud de vn poder que para este efecto parece auerles otorgado por Agosto del año passado de 635. (en que los dejaua por comissarios para testar juntamente con don Antonio de Oquendo, *y no a los vnos sin los otros*, y a falta del dicho don Antonio dejaua por tal comissario en la misma forma a Iuan de Olarte) y no consta que se hiziesse requirimiento, ni diligencia para que con ellos concurriesse dicho don Antonio, o que en su falta se hiziesse otra tal diligencia con el dicho Iuã de Olarte. Tambien es cierto, que despues de otorgado este poder, hizo y otorgò su testamento cerrado con todas las solemnidades del derecho para su validacion, el dicho Martin Sans, Y que despues le abrio, y cortò los hilos, y tratando de hazer otro, murio sin hazerle, ni otorgarle. Iten, se supone, que aunque en el poder que se ha referido instituia a su alma por heredera, tambien parece quedaua instituida en el testamento cerrado: consta por el que ha presentado la otra parte, que dize ser el mismo que otorgó el dicho Martin Sans, y despues abrio. Supuesto lo qual, pretende Gregorio Sans, que se confirme la sentencia de vista confirmatoria de la del Ordinario, en que està declarado por heredero ab intestato como hermano legitimo del diunfto; y auerse reuocado el poder para testar por el siguiente testamẽto cerrado, y ser nullo el que otorgaron los dos comissarios en virtud del.

ARTICVLVS PRIMVS.

2 Lo primero, el testamento otorgado por los dichos Padre Fr. Pedro de

de Iesus, y Lope de Vlloqui, es nullo, por no averlo otorgado personas legitimas pues los dos solos no lo fueron, conforme al hecho referido: y auia de concurrir con ellos el tercero comissario, y constando de impotencia, o voluntad, auian de obrar, y testar juntamente con el tercero, substituido, que era dicho Ioan de Olarte: probat expresse, *textus in cap Religiosus 2 §. sanè, de testam. lib.* 6. *l.* 6 *tit.* 10 *part.* 6. vbi Gregorius Lopez *gloss* 1. *verb. Todos:* probatur etiam *ex l* 38. *Tauri* ibi *l.* 12. *tit.* 4 *lib.* 5. *Recopil* Facit etiam quod de iudice delegato statutum est in cap. quamuis, cap. prudentiam, cap. vno delegatorum, de offi. delegat. quod *Vno delegatorum* [verba sunt textus) *vel arbitrorum* (sicut proponis) *rebus humanis excepto, eorum officium expirauit, nisi aliud delegatione aut compromisso fuisset expressum: Textus in l. si tres, l. item si vnus*, § *item si plures, l. diem proferre*, §. *si plures ff. de arbitris, l.* 1. § *si plures ff de exercitoria actione.* Y en los procuradores *facit text. in c si duo* 6: *de procuratoribus, lib.* 6. Y la razõ de decidir destos textos procede con mas fuerça en los comissarios testamentarios, porque en estos omnium arbitrium, & industria censetur electa: tenent, & resoluunt Antonius Gomez *in dict. l.* 38. *Tauri in tota:* Matienzo *in d. l.* 12 *gloss* 2 D. Castillo *lib* 6. *controu cap.* 120 *in toto, & præcipuè à num.* 4. Cañanate *consi.* 37. *in toto.* D. Valenzuela *cons.* 177. Additiones D. Molinæ *lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 63. facit etiam Noguerol *alleg.* 9 *à num* 7. Tomas Sanchez *lib* 4. *moral cap.* 1. *dubio* 44, *fol.* 52. Carpio de executor. *lib.* 3. *cap.* 2. *num* 2.

Y aunque tiene duda quando la comission se dexa llanamente a muchos, si muerto, o ausente, o no queriendo vsar vno puede los demas proceder *ad l si legatario* 22. § *à duobus ff. de fideicommis l bertat.* Por lo menos no ay duda sino que todos deben ser citados, y llamados para testar y disponer (lo qual no se hizo en este caso) D. Castillo, *d cap.* 120. *à n.* 11. Gracian. *discep. lib.* 2. *cap.* 201. *ex num.* 20) Ni si constò estar ausente fuera del Reyno D. Antonio de Oquendo) se esperó a que viniesse el año que dispone la ley 33 *de Toro.* De mas de que esta duda cessa quando ay clausula: *y no el vno sin el otro,* como la huuo en este poder: tunc enim, quolibet commissario deficiente, los demas no pueden disponer: quod probatur specialiter *ex d.* § *Sanè,* ibi: *Nisi aliud testator expresserit:* vbi Philipp. Fran. num. 7. D. Gregor. Lopez *in d l.* 6. §. *fin, ad fin.* vers. *Item si testator prohibuit.* Y aun sin esta clausula, en caso que se comete disposicion general, hoc est, que se ordene y disponga la hazienda, resuelue el señor Castillo, *dict. cap.* 120. *num* 15. *&* 38. que no podra vn comissario sin otro proceder, etiã quedando solo por qualquiera de los casos referidos. Con que parece que el testamento hecho por estos dos comissarios, fue nulo ex defectu facultatis.

4 Imò el Padre Fr. Pedro de Iesus no pudo vsar del poder referido (quãdo reuocatum non esset) porque respeto del dicho Padre deuio entenderse reuocado por inimicitias superuenientes inter eum, & defunctũ (como se ajusta por la probança) Menoch *de præsumptionibus lib.* 2. *præsũp.* 36. *num* 24. *ad gloss in cap.* 2 *de procurator. in* 6. y es buen argumento el de el texto *in l si quis ita* 3 §. *fin ff. de adim. legat.* donde el legado se tiene por reuocado, si sobreuiniessen enemistades entre el testador, y el legatario, quanto mas vna cosa de tanto peso como la comission para testar. Y viene a proposito el texto *in l. hæredi.* 4. *C. de his, quibus, vt indig l.* 23. *tit.* 1. *p.* 6. con lo que notan Anton. Gomez *tom.* 1. *cap.* 10 *num* 30. *& tom.* 3. *cap.* 3 *nu.* 51 Garcia tractat. *de tacit. fideicom. num.* 22. *&* 23. D. Pichard. *in* §. *ex eo autem, num.* 15. *instit. quibus mod. testam. infirm.* donde la enemistad que sobreuiene

ne es bastante causa para quitar al heredero la herencia; q aliàs simplici reuocatione no se le podia quitar.

ARTICVLVS SECVNDVS.

5 Lo segundo, el poder para testar, de que se ha hecho menciõ (que no tiene mas fuerça que si fuera testamento) se reuocó por el segundo testamento cerrado, y perfecto, que despues otorgò Martin Sans, los textos son notorios, el §. *posteriori, instit. quibus mod. testam. infir. l.* 1. *l.* 2 *l. si bina tabulæ* 11. *l. cum in* 2. 16. *ff. de iniust. rup. l. si quis priore, ff. ad Trebell.* con otros muchos, assi de derecho comun, como de partidas, y Canonico, que lata manu refiere D. Pichardo *in d.* §. *posteriori*, y la razon de decidir es la del tex. *in l.* 4. *ff de adim. legat. Ambulatoria enim est volũtas defuncti vsque ad vitæ supremum exitum*: & ideo quæ vltimo loco exprimitur, debet attendi, *l.* 1. *C. de sacrosanct. Eccles.* repetunt præter allegatos à D. Pichardo, Gutier. *pract. lib.* 3 *q.* 46 *&* 47. D. Castillo *lib.* 3. *cap.* 2, *num.* 188. *& alij quos ibi refert, & lib.* 4. *cap* 37. *num.* 31, *vbi plures etiam pro hac parte attulit Doctores.*

6 Y en tanto grado reuoca este segundo testamento cerrado al primero, o al poder para testar (que es lo mesmo) que aunque el segundo despues quede reuocado per chancellationem, vel aperturam, & defunctus decedat absque alio testamento (como diremos infra) primum testamentum non reuiuiscit, nec vllas amplius vires reassumit. Probatur primo ex text. *in l. militis codicillis* 36. § *fin ff de militari testam.* Donde el testamento hecho con todas las solemnidades del derecho à pagano, qui postea cum militaret, iure militari testatus est, & post missionis annum decessit (con que el testamẽto militar tampoco valio, ex textu *in l. quod constitutum* 22. *l. qui testamenta* 27, *l. quod dicitur* 39, *ff. de milit. testam. l. qui post missionem* 15. *l. si miles* 91 *ff. ad l. falcid. l. Papinian.* 8, §. *si quis in militia ff de inoff. testam, l.* 5, *C. de milit. testam.* §. *sed hactenus, vers. & quod in castris, instit. eodem*) se reuocó por el segundo militar, y porque auia passado el año post missionem, en que valia, murio ab intestato el difunto.

7 Deinde probatur ex textu *in l. posthumi* 3. § *sed et si sit ff. de iniusto, rupto, irri.* in cuius specie duo inuenimus testamenta; primũ in quo posthumus exheredatus est (el qual etiam per agnationem non rumpitur porque cũple el testador con exheredar, y pudo instituir, *l. inter cætera* 30, *ff. de lib. & posth.* §, *posthumi*, 2. *instit de exhæred. liber. l.* 1. *d. l.* 3, *in prin. & in* §, *ex his. &* §, *nominatim, l. certum* 8, *l, posthumus* 12, *ff. de iniust. rup cũ alijs iuribus*, de quo D. Pichard. *d.* §, *posthumi, in toto*). El segundo en que el posthumo està preterido, y dize el texto, que si el posthumo nace, siue post mortem testatoris, *siue viuo testatore* (nota hæc verba) *Vtrumq. testamentum ruptum esse, & superius per inferius, & inferius per posthumum*; porque agnatione posthumi præteriti rumpitur testamentum, ex dictis iuribus: y murio el Padre ab intestato.

8 Ecce, en los dos textos que se han ponderado en los dos §§. antecedentes, no conualeció el primer testamento, sin auer muerto de mas achaque que del segundo: luego el testamento segundo perfecto reuoca al primero, ipso iure, aunque el despues se reuoque por alguna de las disposiciones de derecho, y no conualece el primero; antes el

testa-

testador de ambos muere ab intestato. Y esto se confirma con el texto *in §.ex eo autem instit quibus mod.test.infir* ibi: *Ne aliás tabulæ priores iure factæ, irritæ fiant, nisi sequentes iure ordinata, & perfectæ fuerint, nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est*, iuncto principio textus, ibi; *Vsque adeó vt & si quis post factum prius testamentum, posterius facere cœperit, & aut mortalitate præuentus, aut quia eum eius rei pœnituit, id non perfecerit:* Nota verba, *id non perfecerit*, ex quo iure apparet, que el testamento perfecto [hoc est, *iure ordinatum*, como dize el texto) posterior reuoca al primero: y si imperfectum sit, [hoc est, *no acabado de hazer*) non reuocat; luego no ay que atender para que el segundo testamento reuoque al primero, quod secundum sortiatur effectum, hoc est, que el testador aya muerto debaxo de su disposicion, y bastara para que reuoque, el que sea perfecto iuris perfectione, hoc est, que tenga las solemnidades y requisitos del derecho (que esto quiere dezir *in iure*, la palabra *perfectum*, quod omnibus suis partibus, & requisitis constat ex textu *in l.1.in princip.* & ibi gloss. *de origi.iuris*] sin que se aya de atender, a si despues tuuiere efecto, o no le tuuiere: como las tuuo el testamento cerrado que hizo el dicho Martin Sans de Vbago, conforme la *l. si vnus 12 l. hac consultissima 21, C. de testamentis, §. sed, cum paulatim, insti. eodem, l. 1, tit. 1. p. 6. l. 3, Tauri, quæ est l. 2. tit. 4. lib. 5, recop.* otorgado ante el escriuano, y siete testigos con firmas de todos, cerrado, y cosido, y con las demas clausulas ordinarias. Con que se excluye todo lo que pondera el papel contrario a num. 4, hasta el vers. *y procede.*

9 Ex quibus iuribus, & eorum decisionibus, está deshecho el error, en que la otra parte insiste en su papel, à nume. *15.* procurando esforçar, que el poder para testar (que se reputa por testamento) aunque muriesse y quedase reuocado por el siguiente testamento, reuocado este [como despues fundaremos) reuiuisca. Lo contrario prueban cõ claridad los textos que emos referido, y que no vio la otra parte; y los de que se vale y refiere dicto nume. *15.* no nos obstan, antes hazen mas firme nuestra resolucion: los quales son la ley *posthumus* 12, *in princ. l si quis pro filio, 6. §. quatenus, ff. de iniust. rup. §. non tamen, instit. quib. mod testam. infir. l. qui ex liberis, pen. §. testamento. ff de bonor. poss. secund. tabu* y al §. quatenus referido, pudiera añadir la otra parte el §. *eius, qui fin. instit quibus non est permiss. facer. testa.*

10 Y lo primero dezimos, que cada vno destos textos habla en su caso particular, y en todos solo ay vn testamento, que suspendido reuiuisca, y sus decisiones hazen excepcion de la regla *quod actio, seu actus semel extinctus non reuiuiscit, ex l. qui res, §. aream, ff. de solutio, l. simus 27, § sed si stipulatus, ff. de pactis, l inter stipulantem, §. sacram, vers. nec reuocari, ff. de verbor. oblig. cum aliis pluribus*; y esta regla es prueba, o razon de decidir de lo que dexamos fundado, videlicet, que el testamento reuocado por el siguiente, no reuiuisce, aunque este se trueque; y quede sin otro alguno el que fue testador de ambos; y assi bien diximos en el § antecedente, que estos textos hazian mas firme nuestra resolucion (pues esta se funda en la regla, y ellos son su excepcion) *l. nam quod liquidè, §. fin ff de penu leg l. quæsitum, §. idem, respondit, ff. de fundo instruct. cum aliis.*

1 Lo segundo se aduierte, que en los textos referidos ay diferencia, porque en vnos procede su disposicion ex priuilegio speciali como

en

en el verſ. *Et ſi quis.* del §. *quatenus*, de la ley *ſi qui s pro filio*, ibi: *Si quis damnatus capite, in integrum indulgentia Principis ſit reſtitutus, teſtamentum eius conualeſcit:* o, ex iure ſpeciali priuilegiato: contra regulas ordinarias, como, *in d*, §, *quatenus*, y el §, *eius*, *qui*, *inſt. quibus non eſt perm.* donde el teſtamento del que fue captiuo, hecho antes del captiuerio, reuiuiſce por el derecho de poſtliminio (quod aduerſus iuris regulas ordinarias introductum eſt, & fictione quadam diſponitur, *ad l. illa inſtitutio* 32, § 1 *ff. de hæred. inſt. l. poſtliminij*, 5, *l. retro*, 8, *l. bona eorum*, §. 2 *ff. de captiu & poſtlim reuerſ.*] quibus iuribus, videlicet, *verſ. Et ſi quis*, & §. *quatenus*, & *eius*, *qui*, additur etiam text. *in* §, *non tamen*, in quantum his concinit. Y con eſtos dezimos, que valen los teſtamentos, & iure ciuili, ſe puede en virtud dellos adiri hæreditas: porque el beneficio de la reſtitucion obra eſſo: *In priſtinum ſtatum reducendo*, *ex l.* 1. *C. de ſententiam paſsis, & reſt.* ſin que aqui ſe neceſsite de derecho pretorio, aunque no ſe incluye la bonorum poſſeſsion, *ex d.* §. *non tamen.* Empero eſſa reſtitucion es (como dezimos, indulto, y priuilegio eſpecial: ſic Donell. *lib.* 6 *comm. cap*, 16 *fol.* 248, quod nec ad caſus ſimiles trahi poteſt [quanto menos a los caſos tan diuerſos como el deſte pleito) *l. quod veró* 13, *ff de legibus*, iuncto textu *in l.* 1. *ff. de conſt. Principum*: & quæ latè tradit Anguiano, de legib. *lib.* 3, *controuerſ. c.* 1, *à nu.* 2, *& ſeqq.*

12 Y en otros de los textos referidos ſupra num. 9. como ſon la *l, poſthumus* 12, *ff. de iniuſt. rup.* que habla del poſthumo preterido en el teſtamento, per cuius agnationem ruptum fuit teſtamentum, & per eiuſdem mortem, viuo teſtatore, iterum valuit Y la ley, *qui ex liber. pen.* §. *teſtamento. ff de bonor. poſſeſ. ſecund. tabul.* que habla del arrogado, cuyo teſtamento ſe reuocò per arrogationem: & poſtea, quia arrogatus ſui iuris effectus eſt, reuiuiſci, diſpoſitum fuit: quibus concinit en parte el §, *non tamen, inſt. quib. mod. teſtam infirm.* dezimos, que eſtos teſtamentos no ſe reduxeron a ſu antiguo eſtado, ſpeciali iure, ſeu Principis reſtitutione, como en los del num. antecedente; y aſsi no reſucitaron, ni tuuieron valor iure ciuili: como ſe prueba muy bien de las palabras del miſmo texto, *in d. l. poſthumus*, ibi: *Licet iuris ſcrupuloſitate, nimiaq; ſubtilitate teſtamentum ruptum videatur.* Y con efecto quedaron reuocados, vt tenet D. Pichardo *in l. ſi arrogator* 22, *num.* 34, *ff. de adoptio.* Y aſsi para que ex illis poſſent bona adiri, fue neceſſario, que el Pretor ex benignitate concediera la bonorum poſſeſsion, ſecundum tabulas, como lo dizen los meſmos textos: empero no con ſola atencion a dichos teſtamentos, ſino concurriendo mucho mas, videlicet, en la eſpecie de la ley poſthumus, el que los heredos eſcritos fueran aliâs herederos abinteſtato del teſtador [con que mas parece le vienen a ſuceder por eſte derecho, que por el teſtamentario), eſto expreſſamente lo dize el texto en el verſ. *idem, & circa* (que no traslado el papel contrario, como las demas palabras antecedentes) ibi: *Idem, & circa iniuſtum, & irritum teſtamentum erit dicendum, ſi bonorum poſſeſsio data fuerit ei, qui rem ab inteſtato auferre poſsit*: y aſsi entiende y explica el texto Donell. *dict. lib*, 6, *comm. d, cap.* 16 *verſ. pen.* & *fi.* ibi: *Rumpitur teſtamentum poſthumi agnatione, qui præteritus natus eſt, viuo patre. Si idem rurſum, viuo patre, decedat, placet bonorum poſſeſsionem, ſecundum tabulas accipere hæredem*

ſcriptum

stritum posse, remque obtinere, vt est in d. l. posthumus, de iniust. rup. sed additur in extremo eiusdem responsi hæc conditio, quæ ad omnes præcedentes casus pertineat, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit; conditio nimirum eadem, quæ illic apertè, & circa iniustum testamentum adijcitur.

13 Y en la especie del §. testamento, vno nueua voluntad del testador, que aprobó expressamente la institucion hecha en el testamento; el texto lo dize, ibi: *Planè si sui iuris effectus codicillis, aut alijs literis eodem testamento se mori declarauerit, &c.* Y assi en vna y otra specie no basta quitar el impedimento, paraque valga el testamẽto, aliquid amplius, imó multum magis requiritur, y viene a ser tanto, que es nueua voluntad del testador, o sucession de heredero, que aliàs lo fuera legitimo ab intestato: con aduertencia, que si el heredero escrito in specie *d. l. posthumus*, no fuere el legitimo ab intestato, podra suceder, si accedat noua voluntas testatoris, como en la specie del dicho §. testamento. Hæc ita tenet Donellus vbi supra dissertis verbis, & eleganter explicat. Vnde ergo deducitur ab aduersa parte argumentatio ad nostrum casum? imó ad eum ex his iuribus confirmatio posset afferri, pues consta que fue meuester especial disposicion del Pretor, y q̃ este fue caso especial, y que aun con todo fue necesario, quod noua accederet testatoris voluntas: ergo mero iure, testamentum reuocatum non reuiuiscit, adhuc in casu, vbi vnicum extat testamentũ, ex quo non potest trahi consequentia, al caso donde el postrero reuoca al anterior y esto por voluntad expressa, no presumpta.

14 En comprobacion de lo que se propuso por la otra parte, dicto nu. 15, de su alegacion, trae diferentes lugares de Doctores, en el nu. *16*, el consejo *519*, de Zephalo, y a Fachineo controuers. lib. *5*, cap. 93. en el num. 17, la Rota, decis. *795*. part. 1, in nouissimis diuersorum: en el num. 18 a Menochio cons. 176, tom. 2: num. 19, Farinac. en las posth. decis. 321. y a Delquerrio lib. 2, differt. 3. num. 30. Y a estas autoridades respondemos lo primero; que si estos Doctores se gouernaron por los textos, que el papel contrario, obrara su doctrina lo mismo q̃ los textos, y si estos non veniunt ad rem, como emos probado, poca autoridad hara quien se fundò en ellos. Lo segundo, que los mas de estos Doctores hablan en caso diferente, en q̃ el testador declaró (auiendose reuocado el primero testamẽto por el segundo) queria morir debaxo de la disposicion del primero, como en la especie de la *d. l. pen.* §. *testamento ff. de bonor. poss. de tab.* Lo tercero, re producimos lo dicho en nuestro primer informe, num. 26, con el lugar de Burgos de Paz *in l.* 3 *Tauri*, 1. *p. num.* 842, *vers. hodie*: con que se prueba, que la resolucion de aquellos Autores no ha lugar en nuestro Reyno (de donde ellos no eran) atenta la ley 1. de los testamentos, como diremos infra.

15 Y finalmente tenent in terminis nostram resolutionem, videlicet, quod prius testamentum, per posterius reuocatum, non reuiuiscat, licet hoc vltimum postea etiam reuocetur, & non valeat, Baldus in *l. militis codicillis*, § *fin. ff. de milit. testam.* Mantica *de coniect. lib.* 12, *tit.* 1. *num.* 43. Peralta *in l. si quis in princ. ff. de legat.* 3 *num.* 20. Y ajustadas las decisiones de textos que por esta parte emos ponderado, y vistos los textos

tos

tos de que se valen los Doctores citados por la otra parte, bien podemos pedir lo que dixo Menochio *lib. 2, præs. 71, num. 14*, quod decisionibus Doctorum, tantùm esse deferendum, quantùm ratio ipsa vrget; los textos lo decidan, quidquid dicant Doctores.

16 Opone la otra darte en su papel, num. 4, vers. *y procede*, que no basta segundo testamento perfecto, para reuocar el primero, quando este se hizo fauore piæ causæ. y assi que el poder para testar, que dexô Martin Sans de Vbago no se reuocò por el testamento siguiete, pues no consta que en el vuiesse clausula especial derogatoria del primero: cita a Trentacinquio *lib. 1, resol. 6, de rescrip. num.* 18. y otros: y en el nu. 5, refiere la *l. 8, tit. 1. p. 6*, que habla del testamento inter liberos, como la authen. *hac inter liberos, C. de testam*. Y a esto se pudiera añadir mucho mas, que no refiere el papel cōtrario. A todo esso se satisfizo prima nostra allegatione à num. 28. ad num. 32, donde se aduirtio, que el señor Gregorio Lopez no dezia lo que refiere el papel contrario, numero 5, & præter ibi dicta.

17 Respondemos lo primero, que no se ha de dudar, el que in secundo testemēto in scriptis, que ha presentado la otra parte, vuiesse clausula derogatoria especial del poder anterior; porque si era forçosa para derogarle, y consiguientemente para que dicho testamento cerrado valiesse, se debe presumir la vuo: y que el auer quitado ojas la otra parte, y presentar el instrumento diminuto, avrà sido por quitar dicha clausula derogatoria especial, esto es presuncion de derecho: porque todo acto, e instrumento se presume auerse hecho con todos los requisitos, y solemnidades, potius vt valeat *l. 3 ff. de milit. test. l. quoties, ff. de verb. obligat.* Menoch. *lib. 6. præsump. 4. à num* 1, post Bald. *in l. 2, in fi, C. de edict. diui Adriani*, Deciu. *in l. in contrahenda, n. 5. ff. de reg. iur.*

18 Dezimos lo segundo, que quando sea cierta la equiparacion del testamento ad pia, y el testamento inter libros, y que en vno y otro se requiera clausula especial derogatoria, para que queden derogados los anteriores por los posteriores, esso se limita quando en el segūdo testamento se haze institucion de hijos, o de causa pia, tunc enim, no se necessita de clausula especial derogatoria, sino ipso iure, queda reuocado el primero testamento, y la clausula derogatoria ad sequentia subintellecta, no obra respecto del testamento siguiente, que tenga la mesma naturaleza: ita D. Greg. Lopez *in l. 8. tit. 1. p. 6. gloss. verbo, diziendo en el*, ibi: *Limita tamen istam l. & d. auth. nisi in 2. testamento, etiam filij essent instituti*: D. Conarrub. *rubr. de testam. 2 p. num.* 19. *vers. Sexto deducitur: & vers. Septimo eadem, gloss. in* §. *& si quidem, auth. de testam. imperfect.* Mantica *de coniectur. lib. 6. tit. 2. num.* 19. Surd. *cons.* 350 *num.* 3 *& 20.* Peralta *in l. si quis in princ. de leg.* 3. elegantes Socinus Iun. *cons.* 127: *nu. num, 10. lib.* 1. Paulus *cons.* 327. *lib.* 1. Mascard. *de probat. concl.* 1289. *nu.* 7. Menchaca *de succes. resol. lib.* 1. §. 1, *num.* 9. Y esto por la razon que dà el señor Conarru. *d. vers. Sexto deducitur*, ibi; *Quia dato pari fauore in vtroq. testamento posteriori standum erit*: Porque en vno y otro testamento se hallan dos herederos priuilegiados, y priuilegiatus contra priuilegiatū æqualiter, suo non gaudet priuilegio, *l. sed & milites 8. in princ. ff. de excusat. tutor. l. assiduis, vers. in duabus, C. qui potiores, cum pluribus alijs*, D. Castillo

tillo *lib.* 3 *cap.*16.*num.*79.*Sforcia de inintegr. rest.* 1.*p q.*18.*art.*4. *num* 81 Riccius *collect.*348. Franchis *decis.* 186. Gratian. *cap.*202. *num.* 31. Dominus Couar.*pract.cap.* 7.*num.*4. cum alijs Doctoribus passim de hoc.

ARTICVLVS TERTIVS.

19 En el tercero punto que se sigue a nuestro discurso, toca ajustar, q̃ el testamento cerrado (el qual emos dicho, que reuocó al poder para testar) quedó reuocado per aperturam, & incisionem filiorum: probatur expressè *in l.* 1. §. *si hæres, ff. si tabul. testam. null. exta. l.* 1. § *si linum ff de bonor. poss. sec tab l.*2 *ff de his, quæ in testam. delen. l. nostram* 30. *C. de testam l.* 24 *tit.* 1 *p* 6. resoluunt D. Coua. *in rub. de testam.* 3 *p. num.* 19. *vers. hinc sanè,* Gutierrez *pract. lib.* 3 *q* 46. *à num.*4. Burgos de Paz *in l.* 3. *Tauri, num* 1125. D. Castillo *tom.*4 *controu iur. cap* 37. *num.*24. Azeued. *cons.* 1 *num.*8. D. Pichard *in* § *ex eo autem, num* 11. *inst. quibus mod. testa. infirm.* menoch. *l. b.*6. *præsump* 37 *num.*48. & *lib.*4 *præsump.* 165. *num.* 21 *& lib.* 3 *cons.* 289 *num.* 49 *&* 50. Mantica *de coniectur. vlt. volun lib.* 12. *numer.* 28. Mascard *concl* 1289.

20 Y esto es en tal forma, que aunque estè instituido ad pias causas, queda reuocado y no vale, per factum incisionis, & aperturæ, tenet in terminis D Couarr. *d. num.* 19 *d. vers. Sanè,* ibi: *Ex hac tamen inductione non omnino conuincitur idem esse in casu d. l. nostram, quia factum, de quo inibi, magis vrget ad significandam mutationem voluntatis, consultó quidem non temerè factam, quàm testamenti chãcellatio: nec authent hoc inte liberos, conclu dit cũ loquatur in secũdo testamẽto, ex quo fauore liberorũ, & pia causa non præsumitur mutatio primi, sed in præsenti casu fit eiusdem testamenti per eius incisionem, aut sygillorum fractionem per actum sanè facti, qui potentior est, quã actus verbi. Item, in hac specie, l. nostram factum specialiter pertinet ad testamentum conditum inter liberos, in d. auth hoc inter liberos verbalis actus generalis est: Vnde mihi verior videtur opinio Paul. Castren. & Corn. in d. l. nostrã, qui existimant, eam constitutionem procedere etiam in testamento inter liberos & ad piam causam quod probatur ex eadem ratione, & quia testamentum illud per factum, de quo inibi mentio fit rumpitur.* Y esto mismo inducunt Burgos de Paz *in d. l* 3 *num* 1126. y Gutierr. *d. q.* 46. *num.* 11. dum dicunt, auiendo resuelto nuestra conclusion, que ay diferencia, quando el testamento roto es ad pia, porque entonces no se presume cancelado y roto voluntate testatoris, nisi probetur [como lo emos probado con gran numero de testigos] y que *probandose assi, queda reuocado, y no vale:* aliter, quando era estraño el heredero instituido, nam tunc, si se hallare roto en poder del testador, se presume, que le rompio ex deliberata voluntate.

21 Contra la resolucion deste tercero punto (que es textual y juridico) opone la parte contraria en su papel, num. 9. y dize, que no es buena consequencia dezir, vuo segundo testamento perfecto, cerrado, y se abrio, luego murio ab intestato el difunto: porque dize (aunque no tan claro) la incision y apertura no obra mas de vna simple reuocacion, y esta no basta: nam ex mera voluntate non reuocatur testamẽtum, y para esso trae la *l. sancimus, C. de testamentis,* donde demas de

la

la reuocacion, se requiere transcurso de diez años: y el §. *ex eo autem, inst. quib. mod. testa. infirm.* Y assi dize dict. n. 9. que serà necessario, que conste, que el testador reuocó con animo de morir sin testamento, y q̃ le sucediera el heredero ab intestato. Para esto trae varios lugares hasta el num. 12.

22 Es axioma muy corriente en nuestro derecho. *Distingue tempora, & concordabis iura.* Tambien podemos dezir, *distingue casus*, ni lo vno, ni lo otro se obseruò en el papel contrario, porque los lugares hablan de cancelacion, y el punto es de incision, y ruptura de testamento, los tiempos son diferentes, y ay leyes nueuas; los generos de testamentos dos, vnos *in scriptis*, que vulgarmente se llamã *cerrados*, y otros *nuncupatiuos*, que se llaman *abiertos:* en cada cosa ay diferente inspeccion. Y lo primero, el testamento *in scriptis, o, cerrado*, que despues se abre, y queda reuocado, ex nostris iuribus supra citatis, no se puede dezir, que, *nuda voluntate vẽdria a quedar reuocado*, y que le obstauan los textos referidos, ni la apertura induce nuda voluntad, porque concurren voluntad expressa del testador, que quiso reuocar el testamẽto, & factum scilicet, *incisio ipsa, & apertura.* Y a esso mirò el texto *in d. l. Sancimus.* Y la razon, a mi corto entender, es, que como el testamento cerrado para que valga à de constar de las solemnidades, que el derecho dispone, que consisten in facto; quitandolas, y deshaziendolas etiam facto [quia prout quæquè contrahuntur, eodẽ modo dissoluuntur) queda bastantemente deshecho el testamento cerrado, y para en quanto a su efecto, como si no le huuiera auido. Biẽ resuelue esto el señor Presidente Covarruv. en el lugar citado, *rubr. de testa. par. 3. nu. 19. vers. hinc sanè*, ibi, *Qua in re est considerandum secundum Alex. Iaso. & alios in d. l. nostram, quod plus operatur factum illud ad reuocationem testamenti*, [scilicet ruptura, de qua ibi loquitur] *quam cancellatio, inductiove, quia per hoc factum totam testamentum rumpitur.* Et infra, ibi: *Sed in præsenti casu fit eiusdem testamenti per eius insciscionem, aut sigillorum fractionem, per actum sanè facti, qui potentior est quam actus verbi.* Lo mismo dixo el señor Pichardo *in §. ex eo autem, inst. quib. mod. testam. infirm. nu. 12*, hablando de la materia, ibi: *Sed in his aliquid est etiam præter voluntatis mutationem, enixè enim eam exprimit testator, qui testamento in scriptis perfectè, & solemniter ordinato, consulto postea, & ex animo eius inciderit fila, quibus est clausum, satisque videtur animum reuocare, &c.* Muy bien lo dixo tambiẽ Mynsingero *in d. § ex eo autem solo, n. 6.* ibi: *Cæterum si aliquo facto prioris consilij mutationem demonstrante appareat, testatorem voluisse prius testamentum impugnare, puta quia illud deleat, incidat, cãcellet* [*vel sigilla reuellat, quin per hoc reddatur inutile, sine controuersia est.* Y es muy a proposito el lugar del señor Covarr. *d. n. 19. & vers. hinc sanè*, ibi: *Nec est tractandum in hac specie, an hoc testator fecerit*, [scilicet el romper los hilos del testamento] *vt aliud testamentum conderet, quod tamen perficere non potuit: etenim tunc nihilominus intestatus moritur.*

3 Esto mesmo resuelue Craveta *cons. 228.* en terminos de cancellaciõ, que tiene mucho menos fuerça. Y el consejo de Oldraldo *144.* referido por el señor Greg. Lopez, *glos. verbo desatase, in l. 24. tit. 1. p. 6.* (de que se vale el papel contrario) es muy diferente caso, ibi, enim, distinguit,

quando el testador cortò los hilos, ò cō animo de morir ab intestato, o porque tuuo por indignos los herederos que en el instituia: y esta distincion solo se hizo, para reconocer a quien se auia de aplicar la herencia; porque si se chanceló el testamento con atencion a que los herederos eran indignos, hæreditas fisco applicatur, ita Craueta, *d. consi.* 228. *n.* 1. Idem tenent Iuli. Clar. *in* § *testamentum*, *q.* 93, *n.* 2. Mantica, *de coniect. lib.* 12 *tit.* 1. *n.* 31. Gomez *in l.* 3. *Taur. n* 103. Empero deste caso, quid ad nos, pues en el nuestro, si la rotura fue cō animo de hazer otro testamento, y no se hizo, muy bien, se resuelue que el difunto muriò ab intestato.

24 Demas de que, oy attento iure nouiori, *l.* (scilicet) 1. *tit* 4. de los testamentos *lib.* 5 *recop.* sola & nuda reuocatio prioris testamēti sufficit, vt illud maneat reuocatum, dummodo fiat coram sufficiēti numero testium, & tabellione; y assi està antiquada la decision de la *l. sancimus*, y del §. *ex eo autem*: y la razon es porque, como attento etiam hoc nouiori iure, el testamento segundo reuoca al primero, y para que valga qualquiera no es necessario instituir heredero en el, solo con que aya reuocacion del anterior, quedara reuocado; tenet, (præter Burgos de Paz citado *nostra* 1. *alleg. n.* 26.) Menchaca, *de success. resol.* § 4. *n.* 1 Matienço *in d. l.* 1. *glos.* 10. *n* 6. His ita positis, videas numerum 6. *alleg. aduersæ.*

25 Deinde, ay mucha differencia entre el romper, y cortar los hilos, y abrir el testamento cerrado, ex vno; y la cancellacion, ex alio; porque por esta aliquando queda el testamento reuocado, videlicet, quando in totum cancellatę sunt clausulæ; aliquando vero non ita, scilicet, quando aliquæ tantum clausulæ chancellatæ sunt non animo vt totum rumpatur testamentum, probatur ex *textu in l. chancellauerat* 2. *l. proxime*, 3. *l. pluribus*, 4 *ff de ijs, quæ in testam. delentur*: de materia, D. Castillo, *lib.* 4, *cap.* 37. *n.* 27. Mantica, *de coniectur. lib.* 12. *tit.* 1. *à n.* 29. vbi, latè de materia per plures quæstiones, *ad n.* 33. *& seq.* & alij DD. quos refert D. Castillo *d. c.* 37. *n.* 30. aliqua D. Covarr. *d. rub. de testa.* 3. *p. d. n.* 19. Empero en la rotura, y cortadura de los hilos, nunca à auido duda, quin per eum actum totum corruat testamentum, sic D. Covarr. vbi supr. & cæteri omnes citati pro hac materia; & ratio differentiæ est, porq̃ la chancellacion solo mira a la parte que chancela, y la cortadura de hilos, y rotura ex sui natura totum respicit testamentum: quorsum ergo tendit argumentum á chancellatione ad rupturam; demas de q̃ en cada cosa hallamos diferentes dispositiones de derecho, & cuilibet in suo casu standum est. De aqui nace el reconocerse quan poco a proposito vienen los lugares citados por la otra parte, *à n.* 9. *ad n.* 12. Los mas dellos, o todos hablan en chancellacion, in qua diuersum ius consideratur, & à diuersis non fit illato.

26 Imò, aunque fuera chancelacion la deste caso, ajustado el hecho del, totum ruebat testamentum: porque como confiessa el papel contrario, el testador rompio este testamento con animo de hazer otro, y assi in totum quedô roto, y chancellado *ex textu in d. l. chancellauerat.* 2. luego por qualquier camino, llano es el derecho desta parte. Y se pondera mas; que este testamento, que fue el cerrado, y se à presentado por la otra se halla tal, que el mismo està diziendo, quedó revocado, porque

para

para valer qualquiera testamento, á de hallarse entero, y cõ todas sus clausulas, al tiempo de la muerte del testador, *l. 1. vers. semel autem, ff. de bon. poss. secund. tab. l. 1. ff. si tabulæ testamenti, extabunt.* Y este se halla diminuto, y falto de muchas hojas. Luego por todos caminos, no le ay para apoyar la defensa de la otra parte.

ARTICVLVS QVARTVS.

27 Lo quarto que nos toca ajustar, es el responder a lo que procura introducir el papel contrario, n. 8. 13. y 14. videlicet, que siempre fue la voluntad de Martin Sans de Vbago dexar a su alma por heredera, y que el variar solo fue en la forma, y que esso finalmente lo tenia ajustado para otorgarlo quando murió; y este hecho lo prueba con los interesados en el testamento que hizieron los comissarios del poder para testar, quorum fides valde suspecta est, & non debet admitti, como se fundó nostra *1. alleg. n. 34.* Ex Burgos de Paz *in l. 3. Taur. 1. p. n. 854.* demas de la variedad que tienen entre si, y que deponen de actos singulares; siendo assi que los testigos en ningun caso se requiere que sean mas contestes, que en el acto de testamento, y vltima voluntad, *§. sed cum paulatim, inst. de testam.* ibi, *& eorum præsentia vno contextu testamẽti celebrandi gratia.*

28 Sed quidquid sit de hoc, no à probado ni probará con verdad la parte contraria que el Capitan Martin Sans de Vbago declarase voluntad perfecta y acabada, aunque no con las solemnidades del derecho, y dixesse absolutamente, que dexaua su alma por heredera, ni sobre ello otorgasse testamento, aunque menos solemne, y todo es dezir, que su intenció fue dexarla por heredera, y que en essa conformidad ordenò a su Abogado le hiziesse vna memoria (la qual se à presentado por la otra parte, y no tiene pies ni cabeça de testamẽto, sino vna forma de fundacion de patronato; que no sabemos si el difunto passaria por ella) pues aunque siempre dixesse que auia de dexar a su alma por heredera, y huuiesse muchas pruebas dello, importa poco, si con efecto no lo hizo en acto solemne, porque essa (quando mucho) es voluntad imperfecta, y que no se reduxo a acto perfecto y acabado, y no vale ni puede obrar efecto, *l. si quis cum testamentum, l. hæredes, §. vlt. ff. de testam. l. non putauit, § non quæuis, ff. de bonor. poss. contra tab. §. ex eo autem, inst. quib. mod. test. infirm. l. cũ Syllanianũ, C. de his, quib. vt indig.* Mant. *de coniect. lib. 3, tit. 3, n. 12,* Alex. *in l. 2. n. 32, C. de bon. poss. secund, tabul.* late, & eleganter D. Castillo (citado en nuestra. 1. alleg.) *lib. 4. 4. cap. 21, in toto, & lib. 5. c.* 108. *n.* 1.

29 Y no ay priuilegio ni se hallará en el derecho, por donde se le conceda a la causa piadosa, que el testamento imperfecto no solemne hecho en su fauor valga, o el en que el alma esté instituyda por heredera (*quod vt idem reputatur, auth. vt cum de appellat. cog. §. si vnum de prædictis, vers. ocasionem autem* Tiraq. *de priuileg. piæ caus. in præfati. vers. item relictum pro anima*) antes con muchos fundamentos defiende lo contrario el señor Castillo *d. lib. 4. d. c. 21. à n. 26. & seq. & n. 31.* quod non valeat testamentum imperfectum seu voluntas, nõ solum de iure comm. sed etiã, nec attenta *l. 1. & 2. tit. 4.* de los testamentos, *lib. 4. recopilat.*

Y que

30 Y que, se necessita de buscar por heredera, en este caso, causa piadosa, quando no la puede ser mas, que el Capitan Gregorio Sans de Vbago? que por pobre, por hermano legitimo del difunto, y por auerle ganado y adquirido toda la hazienda, que dexó, en doze viages que hizo a las Indias, sin reseruar ganancia alguna para si, sino entregandolo todo al dicho Martin Sans de Vbago su hermano, (como se á probado concluyentemente) es á quien toca goçar de su hazienda, esta es verdadera causa pia, notatur ex Gloss. *in cap. 2. de sepultur.* Tiraquel. *de priuileg. piæ causæ, in præfatio. n.* 14. Y la verdadera causa pia es emplear la distribucion en los parientes pobres, no en los estraños no necessitados, esto dixo San Ambrosio *lib.* 1. *de officijs cap.* 30, referido en el *cap. non satis* 14. *dist.* 86. Idem Tiraquell. *vbi supra n.* 15. ibi: *Nam maior pietas debet exerceri in consanguineos pauperes, quam in externos.*

31 Y no ay que opponerle a esta parte, que á recibido marauedises del Padre Fray Pedro de Iesus en cõformidad de lo que dispuso en el asserto testamento, con que parece auer consentido en el, y que oy no le puede impugnar; porque aunque sea cierto que los aya recibido, tambien lo es, que el dicho Capitan se á estado siempre en su tierra, donde (y aun auiendo estado aqui) no à tenido noticia del hecho deste pleyto, ni de la reuocacion del poder para testar, hecha per subsequẽs testamentum perfectum, ni de lo demas que aqui se á deducido. Y assi no se puede dezir que à renunciado el derecho que oy deduce, *l. neque ignorans, C. de donatio. l. mater decedens, ff. de inoffic. testam. l. eum qui, in princ. ff. eod. l. fin. C. de furtis,* Surdus *cons.* 25, *n.* 30. *& cons.* 7. *n.* 15. Farin. *cons.* 96. *n.* 33. Ni que auiendo cobrado, sin saber estas circunstancias ratificó el asserto testamento, Menoch. *cons.* 120. *n.* 37.

32 Con que assi por lo rigoroso de la justicia, como por lo piadoso de la equidad, parece llana la pretension desta parte, a quien como a hermano legitimo (no auiendo, como no ay, ascendientes ni descendientes) le toca abintestato la herencia de su hermano, *l.* 2, *§. hæreditas, ff. de suis, & leg. l. Iurisconsultus, ff. de gradibus, l.* 1 *§. proximus, ff. vnde cognati, l. duodecim tabular, vers. huiosmodi, C. de legi. hæred.* §. 1. *§. proximus, § si plures, inst. de legi. agn. succes.* cum alijs iuribus, quibus iungitur *l.* 7. *Tauri.* Y la esperamos conseguir. Salua, &c.

El Licenc. Don Iuan de Giles Pretel.